

А.В. Егоров

Сравнительное правоведение



Для студентов
учреждений
высшего
образования

Алексей Владимирович Егоров

Сравнительное правоведение

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=18891051

*Сравнительное правоведение : учеб, пособие / А. В. Егоров. : Высшая школа; Минск; 2015
ISBN 978-985-06-1734-7*

Аннотация

Дается материал об основных правовых системах современности. Рассматриваются теоретико-методологические вопросы изучения иностранного права и других иностранных правовых образований. Приводится сравнительно-правовая характеристика белорусской правовой системы на юридической карте мира. Для студентов учреждений высшего образования по специальности «Правоведение». Будет полезно магистрантам и аспирантам, преподавателям и научным работникам, интересующимся вопросами изучения и применения иностранного права.

Содержание

Введение	5
Глава 1	8
1.1. Предмет сравнительного правоведения	8
1.2. Объекты правового сравнения	24
Конец ознакомительного фрагмента.	50

**Алексей
Владимирович Егоров
Сравнительное
правоведение**

Допущено

Министерством образования Республики Беларусь в качестве учебного пособия для студентов учреждений высшего образования по специальности «Правоведение»

Рецензенты: кафедра теории и истории государства и права Белорусского государственного университета (кандидат юридических наук, доцент *В.Н. Матарас*; кандидат юридических наук, доцент *О.Ю. Ширинский*); доктор юридических наук, профессор *Н.В. Сильченко*

Введение

Сравнительное правоведение (правовая компаративистика) – достаточно молодая, но интенсивно развивающаяся учебная дисциплина. За последние десятилетия спрос на специалистов в области иностранного и международного права значительно вырос. Подготовить таких специалистов не представляется возможным без преподавания курса, который носит традиционное название «Правовые системы зарубежных стран», а по сути является общей теорией правовых систем современности.

Современные тенденции в юридическом образовании свидетельствуют о повышении роли компетентностного подхода, основанного не на простой сумме знаний (в том числе об иностранном праве), а на аналитическом анализе тенденций, происходящих в современном правовом мире.

Курс сравнительного правоведения является необходимой основой для формирования у будущих специалистов широкого кругозора в области регулирования правовых отношений. Право других стран постоянно интересует национальных юристов. Сравнение – это тот метод познания иностранного права, которым ученые и практики пользовались всегда. Но лишь достижения науки сравнительного правоведения помогли специалистам методически грамотно подойти к анализу и рецепции иностранных правовых регулято-

ров.

Правовая компаративистика как самостоятельное направление научных исследований возникла относительно недавно. В 1900 г. в Париже состоялся I Международный конгресс сравнительного права, на котором вопросы сравнительного правоведения стали предметом серьезного научного разговора. До этого времени сравнение, используемое всеми науками, считалось частным методом исследований, а сравнительное правоведение носило название «сравнительное законодательство».

Становление молодой науки проходило достаточно интенсивно, и уже к середине XX в. в Европе и на американских континентах сложились мощные компаративистские школы. Имена М. Соломона, Э. Рабеля, Х. Гаттериджа, а позже Р. Давида, К. Цвайгерта, М. Ансея стали известны во всем мире. Одновременно начинают функционировать научно-исследовательские центры и институты: Международная академия сравнительного права (первый конгресс состоялся в 1932 г.); Общество сравнительного правоведения Бельгии и Нидерландов (1947 г.); Международный факультет сравнительного права (1958 г.). Появляются специализированные компаративистские издания: «The American Journal of Comparative Law», «International and Comparative Law Quarterly» и т. д.

К сравнительно-правовой науке начинают проявлять интерес не только юристы, но и представители других соци-

ально-политических наук. Правовая компаративистика становится востребованной законодателями и политиками. Потребности интенсивно развивающегося общества оказываются все более прагматичными. От компаративистской науки требовалась помощь в обеспечении процессов правовой интеграции, реформирования национальных систем права за счет правовой рецепции. Возникла необходимость изменения качества и сферы применения сравнительно-правового метода, что возможно только на основе развития теоретико-методологической составляющей правовой компаративистики.

Глава 1

Понятие сравнительного правоведения

1.1. Предмет сравнительного правоведения

Понятие сравнительного правоведения не имеет однозначного научного определения. Природа данной неопределенности кроется в том, что следует понимать под сравнением правовых элементов – метод познания или нечто большее, что выводит правовую науку на самостоятельный научный уровень.

Одна из позиций состоит в том, что *сравнение* – это всего лишь *общенаучный метод, используемый всеми юридическими науками*¹. «Научное значение сравнительного правоведе-

¹ *Gutteridge H.C.* Comparative Law: Introduction to the comparative method of legal study and research. L.: At the University Press, 1949. P. 2–3; *Сталее Ж.* Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение. М.: Прогресс, 1978. С. 15–53; *Сырых В.М.* Метод правовой науки: основные элементы, структура. М.: Юридическая литература, 1980. С. 72–84; *Grossfeld B.* The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford: Clarendon Press, 1990. P. 5–13; *Cruz P.* Comparative Law in a Changing World. L.: Cavendish Pub., 1995. P. 3.

ния, – отмечает В.М. Сырых, – состоит в том, что оно, не имея собственного предмета, специализируется на сравнительном изучении правовых систем с помощью такого специфического метода, как сравнение. Благодаря такой специализации оно поставляет весьма ценную информацию общей теории права и отраслевым юридическим наукам..»²

Английский ученый Х. Гаттеридж определяет сравнительное правоведение как «метод изучения и исследования» правовых явлений: «Всякие сомнения относительно сравнительного права исчезнут, если признать, что это выражение означает метод изучения и исследования и что сравнительное право не есть отрасль или специальный раздел права»³. Французский исследователь Ж. Карбонье рассматривает сравнительный анализ в качестве определенного приема, который может быть «присоединен» к любым другим методам⁴.

Российский исследователь Б.И. Путинский, определяя сравнение в качестве одного из видов операций, свойственных формальной логике, полагает, что сравнение – это всего лишь способ работы с нормативным материалом, подчиненный решению сугубо практических задач⁵. В.Д. Перева-

² Сырых В.М. Указ. соч. С. 358.

³ Gutteridge H.C. Op. cit. P. 2–3.

⁴ Карбонье Ж. Юридическая социология / пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1986. С. 217.

⁵ Путинский Б.И. Методологические вопросы правоведения // Правоведение. 2010. № 1. С. 11.

лов и Д.А. Малешин сходятся в позициях по поводу того, что суть применения сравнения в юридическом исследовании заключается в сравнениях норм, институтов и систем права, а также правовых систем с целью определения их особенностей⁶.

Белорусские ученые А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбатов и В.А. Кучинский метод сравнения относят к общим методам научного познания, которые правовая наука использует с учетом специфики своего предмета исследования⁷.

Отдельные юридические энциклопедии и справочники также достаточно сдержанно относятся к определению самостоятельного характера сравнительно-правовой науки, квалифицируя ее в качестве направления научных правовых исследований, основанного на сравнительном методе. Сам сравнительный метод в юриспруденции при этом понимается как сопоставление того, «как решаются сходные правовые вопросы в различных правовых системах»⁸. Своеобразным компромиссом во взглядах на научную природу правовой компаративистики стала позиция ученых, которые при-

⁶ *Перевалов В.Д.* Теория государства и права. М.: Высшее образование, 2005. С. 274–275; *Малешин Д.А.* Методология гражданского процессуального права // Правоведение. 2010. № 1. С. 69.

⁷ *Общая теория государства и права: учеб, пособие / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбатов, В.А. Кучинский; под общ. ред. В.А. Кучинского.* Минск: Амалфея, 2002. С. 14.

⁸ *Юридический энциклопедический словарь.* М.: Советская энциклопедия, 1984. С. 350.

знавали *сравнительное правоведение* одновременно и *методом*, используемым всеми юридическими науками, и особым *направлением правовых исследований*⁹.

Р Давид отмечает: «Для одних сравнительное право – это только метод, точнее, сравнительный метод; для других, напротив, сравнительное право – это автономная отрасль науки познания права. Рядом с юристами, которые просто используют сравнительное право, есть место и для компаративистов, задача которых ограничивается подготовкой почвы, с тем чтобы другие смогли успешно использовать в своей работе сравнение»¹⁰.

Другой авторитетный исследователь В.А. Туманов также поддерживает позицию тех ученых, которые предлагают отказаться от определения статуса сравнительного правоведения по принципу «или-или» (метод или наука). Признавая важность сравнения как научного метода, используемого всеми юридическими и государствоведческими науками, ученый отмечает, что в правовой действительности имеется значительное число специфических проблем, которые не

⁹ Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Международные отношения, 1997. С. 14; Тилле А.А. Социалистическое сравнительное правоведение. М.: Юридическая литература, 1978. С. 12; Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1981. № 11. С. 44; Алеш Г. Право и система методов его исследования: автореф. дис... канд. юрид. наук. Л.: ИГиП РАН, 1980. С. 12; Winterton M. Comparative Law Teaching // American journal of comparative law. 1975. № 23. P. 71.

¹⁰ Давид Р, Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 14.

могут быть решены без обособления сравнительно-правового подхода. Это, по мнению исследователя, и «обусловило тенденцию к тому, что сравнительное правоведение обрело черты относительно автономной научной дисциплины»¹¹.

Аналогичную позицию занимают А.А. Тилле и Г.В. Швеков. Суть их подхода заключается в том, что сравнительный метод существует как один из способов познания окружающей действительности и практической деятельности и «применяется и в правоведении, и в юридической практике». Но одновременно, утверждают авторы, «существует сравнительное правоведение как наука, по своему содержанию наука методологическая, составляющая часть правовой методологии»¹².

Логика сторонников дуалистической концепции состоит в том, что проблемы правовой действительности, находящиеся на «высоком уровне абстракции», – иерархия источников права, классификация правовых систем и т. п., – образуют предмет «независимой отрасли научных знаний» – сравнительного правоведения. Все иные «частные вопросы» правовой сферы могут быть объектами применения сравнительного метода¹³.

¹¹ *Туманов В.А.* Вступительная статья // *Очерки сравнительного права*. М.: Прогресс, 1981. С. 12–13.

¹² *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах. 2-е изд., доп. и испр. М.: Высшая школа, 1978. С. 19.

¹³ *Bogdan M.* *Comparative Law*. Stockholm: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. P. 25.

Результатом реализации дуалистической концепции является то, что идея автономного характера сравнительного направления правовых исследований приводит к признанию *сравнительного правоведения самостоятельной юридической наукой* со своим предметом и со своей методологией исследования правовых объектов. Большинство исследователей, работающих в сфере теории сравнительного правоведения, склонны относить данное направление к числу общетеоретических дисциплин методологического характера¹⁴. Первым исследователем, концептуально определившим методологический характер сравнительно-правовой науки, был советский юрист А.А. Тилле. Он считал, что сравнительное правоведение – это «методологическая наука, изучающая сравнительный метод и особенности его применения в теории и практике государства и права, составляющая часть правовой методологии»¹⁵.

Позиция ученого явилась концептуальным продолжением взглядов исследователей Восточно-Европейского региона, которые отстаивали статус самостоятельности сравнительно-правовой науки. Венгерский ученый И. Сабо стоял на позициях признания сравнительного правоведения «намно-

¹⁴ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В.А. Туманова. М.: Юрист, 2000. С. 34–37; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: учебник для юридических вузов. М.: Зерцало, 2001. С. 79–81; Cruz R. A modern approach to comparative law. Deventer; Boston: Kluwer, 1993. P. 4–5.

¹⁵ Тилле А.А., Швеков Г.В. Указ соч. С. 19.

го значительнее просто метода». Компаративист рассматривал сравнительно-правовое направление исследований как «целое движение»¹⁶. Чешский исследователь А. Каида считал компаративистское направление в праве самостоятельной научной дисциплиной со своим особым методом познания¹⁷.

О теоретико-методологическом характере сравнительно-правовой науки говорят и современные исследователи. Так, Ю.А. Тихомиров называет данное направление «теорией или научной дисциплиной в ряду отраслей юридической науки»¹⁸. А.Х. Саидов определяет сравнительное правоведение в качестве «теории применения сравнительного метода как в научно-познавательном, так и в практико-прикладном аспекте»¹⁹. О самостоятельной методологической направленности сравнительного правоведения традиционно говорят и современные работы компаративистов Восточно-Европейского региона²⁰.

¹⁶ *Сабо И.* Сравнительное правоведение. Критика современной буржуазной теории права. М.: Прогресс, 1969. С. 166.

¹⁷ *Kanda A.* Zakladni problemy sprovnavani pravnich systemu raznych soustav I I Pravnice Studie. 1965. № 4. P. 701.

¹⁸ *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996. С. 30.

¹⁹ *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 34.

²⁰ *Tokarczyk R.A.* General considerations on comparative law // *Annales Universitet Mariae Curie-Sklodowska.* Lublin, 1991. Vol. 38. S. 275–279; *Letowski J.* Comparative law science in the so called applied fields of law I I *Comparative law review.* 1991. № 2. P. 21–24.

Более сдержанны в оценке методологической природы правовой компаративистики западные исследователи, которые ограничиваются указанием на общественную природу сравнительно-правовой науки²¹, определяют ее «эkleктический характер» в плане интегрирования элементов юридических и неюридических дисциплин²². Причина недооценки методологической роли сравнительно-правовой науки, по мнению самих исследователей, кроется в расхожем в западной правовой науке мнении о том, что «методология имеет второстепенное значение»²³, а «отказ от обсуждения проблем методологии возводится в принцип»²⁴. От сравнительного правоведения ждут конкретных результатов в виде материала для законодателя, инструмента для толкования законодательства, средства для унификации права²⁵.

Прагматичность подобных подходов повлияла на определение предмета правовой компаративистики, который, несмотря на признание научного статуса сравнительного

²¹ *Hall J.* Comparative law and social theory. Baton Rouge: Louisiana State Univ. Press. Kaiser, 1963. P. 2–4.

²² *Cruz P.* A modern approach to comparative law. P. 4.

²³ *Merryman J.* Comparative Law and Scientific Explanation // Law in the USA in social and technological revolution. Brussels: Emile Bruylant, 1974. P. 85.

²⁴ *Wigmore J.H.* A panorama of the world's Legal Systems. Saint-Paul: West Publishing Company, 1928. P. 49.

²⁵ *Цвайгерт К., Кетц Х* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. / пер. с нем. М.: Международные отношения, 1998. Т. I. Основы. С. 28–29.

правоведения, до сих пор не имеет однозначного определения.

Проблема определения предмета сравнительно-правовой науки получила свое официальное признание в начале XX в., когда на I Международном конгрессе сравнительного права методологическая тематика заняла самостоятельное место в повестке дня форума²⁶. К концу XIX в. был накоплен большой фактологический материал относительно национальных правовых систем, проведены крупные сравнительно-правовые исследования во многих отраслях законодательства. Незавершенной оставалась сама методология сравнительного правоведения, которая могла дать толчок к новому качественному развитию сравнительно-правовых исследований. И естественно, что вопрос о предмете компаративистской науки был первым вопросом, требующим решения.

На начальном этапе развития правовой компаративистики в качестве ее предмета рассматривались «национальные правовые системы»²⁷. Основание такого подхода было заложено многочисленными работами компаративистов по систематизации фактологического материала относительно правовых систем. Достаточно вспомнить уникальную рабо-

²⁶ Procès-Verbaux des séances: et documents Congrès international de droit compare, Paris, 31 juillet – 4 août 1900 an / Société de Législation compare; secrétaire général F. Daguin. Paris, 1905. P. 25, 87.

²⁷ Тилле А.А. Указ. соч. С. 11.

ту американского ученого Дж. Вигмора «Панорама правовых систем мира», в которой обобщен материал практически обо всех правовых системах, сформировавшихся к началу XX в.²⁸

Вскоре привилегированное положение правовых систем в качестве предмета компаративистской науки перестало удовлетворять исследователей, работающих в сфере сравнения нормативного материала – отраслей права, правовых институтов и норм права. Ученые посчитали себя выпавшими из сферы общей компаративистской науки и начали создавать отраслевые направления сравнительно-правового характера. Так появляются сравнительное конституционное право, сравнительное уголовное право, сравнительное трудовое право, сравнительное судебное право и т. д. Каждая из отраслей разрабатывала свою «мини-теорию» относительно предмета исследования при отсутствии общего компаративистского подхода. Значимость данных теорий была поставлена под сомнение самими исследователями отраслевой юридической науки, которые признали, что их работа проводится лишь на определенном уровне сравнения – отрасли права, нормы права, юридической практики и т. д. Характер же исследуемого материала, в принципе, один – иностранные правовые образования. В эту схему также не вписывалась привилегированность правовых систем, поскольку они представляли собой лишь один из уровней сравнения.

²⁸ *Wigmore J.H. Op. cit.*

В итоге появляется объективная потребность определить предмет правовой компаративистской науки таким образом, чтобы в него вошли все без исключения элементы иностранного правового массива.

Изучение иностранных правовых образований отраслевыми юридическими науками предполагает использование метода сравнения при сопоставлении элементов разных право-рядков. Но сравнительное правоведение – наука более высокого уровня, изучающая не все, а лишь наиболее важные, устойчивые закономерности функционирования иностранных правообразований. О такой направленности сравнительного правоведения говорили многие исследователи. Так, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что сравнительное правоведение выясняет «общие законы развития права», а простое «сравнительное изучение современных законодательств... не следует смешивать со сравнительным правоведением», которое ставит более концептуальные глобальные цели, достигая их «путем сравнения права различных народов на разных ступенях культуры»²⁹. По мнению Р. Паунда, задача сравнительного правоведения состоит не столько в сравнении существующих в разных правовых системах норм, сколько в определении общих принципов права. Исследователь говорит о своего рода «формулировании» этих принципиальных положений. Он называет сравнение одним

²⁹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. С. 16.

из шагов на пути концептуального целостного сравнительно-правового познания³⁰. К. Цвайгерт и Х. Кетц говорят об общих принципах компаративистики, на которых должны основываться все сравнительно-правовые исследования. Если бы содержание сравнительного правоведения, отмечают авторы, ограничивалось лишь изучением разных параграфов нормативного акта, «то было бы трудно отличить сравнительное право от обычной деятельности юристов... термин «сравнительное право» должен означать нечто большее, чем это может показаться с первого взгляда»³¹.

Р. Давид, а затем и профессор К. Жоффре-Спинози говорят о переменных и постоянных элементах права, рассматривая последние в качестве основного звена сравнительного правоведения. В национальных системах права, указывают исследователи, «немало таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей». Эти постоянные элементы права не могут произвольно изменяться подобно языку или манере размышлять³².

Российский исследователь М.Н. Марченко предлагает рассматривать в качестве предмета сравнительного правоведения «общие принципы и закономерности возникновения,

³⁰ Pound R. Comparative Law in Space and Time // The American journal of comparative law. 1955. Vol. 1. P. 70.

³¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 8–9.

³² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 19–20.

становления и развития правовых систем»³³. Данное определение предполагает использование в качестве базового уровня сравнения уровень национальных правовых систем.

В.А. Туманов в качестве предмета сравнительного правоведения называет «специализированное изучение зарубежного (иностранного) права». Автор одновременно определяет и объект сравнительного правоведения, каковым, по его мнению, является зарубежное (иностранное) право³⁴.

Сходной точки зрения придерживается А.Х. Саидов. Он также предлагает рассматривать сравнительное правоведение как «автономное изучение зарубежного (иностранного) права». В качестве одного из компонентов предмета правовой компаративистики он выделяет «методологические проблемы сравнительно-правовых исследований», которые сам исследователь называет «теорией сравнительно-правового метода»³⁵.

Таким образом, позиция большинства исследователей сводится к тому, что *предмет сравнительного правоведения* должны составлять не случайные, а носящие *постоянный, типичный, устойчивый характер правовые элементы*. Элементы, не относящиеся к постоянной, типичной, устойчивой правовой материи, могут быть предметом сравнительно-отраслевых исследований. Предметом сравнительно-правовой

³³ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 109.

³⁴ Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения. С. 44.

³⁵ Саидов А.Х. Указ. соч. С. 30.

науки являются только общие закономерности возникновения, функционирования и развития элементов с разно системной правовой основой.

Компоненты общего генезиса правового объекта – возникновение, функционирование и развитие – показывают весь сущностный ряд в диалектическом развитии иностранного правообразования.

1. Сравнительное изучение *возникновения* иностранных правовых элементов дает первоначальную целостную картину об их генезисе. В вопросах первоначального генезиса сравниваемых элементов нас интересует не момент начала функционирования объекта, а причины его возникновения как в данном первоначальном месте и времени, так и в других правовых системах в другое время.

Сравнительное исследование первоначального генезиса правового объекта происходит с учетом того, что возникновение права характерно для всех обществ, даже для современных племенных типов социума. Типичность и всеобщность такого возникновения проявляются в том, что нормативное регулирование свойственно всем обществам. Эмпирическая основа возникновения права у разных народов заключается в поисковом характере и обобщении данных об уровне развития правовых регуляторов в том или ином обществе. Соответствующие выводы о генезисе правового объекта можно дать на любом уровне компаративистских исследований – от правовых систем до норм права.

2. Элемент *функционирования* выражает данность того или иного правообразования на момент исследования и составляет основной материал для исследователя. Подавляющее большинство компаративистских работ посвящено именно современному состоянию иностранных правовых объектов. Данный элемент предметного исследования объектов должен быть основан на компаративистском анализе типичного и всеобщего в развитии правовых элементов, имеющих разную системную правовую основу. В противном случае мы будем иметь дело не со сравнительным, а с описательным правоведением. Как отметил Г. Созер-Холл, сравнительное правоведение не может сводиться к простому изучению или даже описанию иностранного права, «подобно тому как знание иностранных языков еще не есть сравнительная лингвистика»³⁶.

3. *Развитие* правового объекта достаточно трудно определить в конкретном времени. Проблематично установить временные границы функционирования правового элемента и сказать, что «тот» объект существовал вчера, а «этот» существует сегодня. Вся история права представляет собой единый процесс, в котором «прерывность и непрерывность суть только моменты движения права»³⁷. Но сравнительно-правовая наука исследует типичные закономерности правового

³⁶ Sauser-Hall G. Function et methode du droit compare. Geneva: Kiindig, 1913. P.72.

³⁷ Неновски Н. Преемственность в праве. М.: Прогресс, 1978. С. 11.

го развития разных обществ. Поэтому характер временных колебаний функционирования объекта принимается в качестве минимальной доли погрешности, с учетом глобальности всемирно-исторического процесса правового развития стран и народов. Данные погрешности не могут быть приемлемы на уровне отраслевого нормативного исследования, где действие правовых актов во времени имеет решающее значение.

Все три вида закономерностей существования иностранных правовых явлений – возникновение, функционирование, развитие – представляют собой пространственно-временную категорию, с которой компаративисту приходится иметь дело. В различных источниках данная категория определяется по-разному. В одних она ограничивается «юридической картой мира»³⁸, в других – выступает в качестве обобщенной «правовой реальности»³⁹. Но в любых терминологических вариантах заложена суть правовой категории – *предмета сравнительно-правовой науки* в виде *типичных и всеобщих закономерностей возникновения, функционирования и развития правовых элементов и явлений, существующих в различных правовых системах*. Данные элементы и явления приобретают в правовой компаративистике форму объектов правового сравнения.

³⁸ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М.: ИГиП РАН, 1993. С. 14.

³⁹ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 101.

1.2. Объекты правового сравнения

Сравнительное правоведение имеет дело со множеством правовых объектов – нормами права, юридическими теориями, правовыми учреждениями, юридическими терминами, национальными правовыми системами и т. д. Данные объекты неоднородны по своей природе. В одном случае мы имеем дело с самим правом, представленным в законах, кодексах, прецедентах, в другом – лишь с внешней его формой, не отраженной ни в каких материальных источниках, например с правовой доктриной, в третьем случае вообще говорим о понятиях достаточно абстрактных (правовая семья, правовая система).

Для того чтобы привести все множество возникающих, функционирующих и развивающихся объектов правового мира к единому научному знаменателю, необходимо абстрагироваться от всего этого множества существующих макро- и микроэлементов правовой действительности, придав им вид общего и специального уровней сравнения.

К объектам *общего уровня сравнения* предлагается отнести следующие образования: иностранную правовую систему, соответственно иностранные отрасли права, правовой институт, норму права, юридическую практику и правовую доктрину. Перечисленные элементы являются общими объектами правовой компаративистики и формируют предмет

науки сравнительного правоведения.

Систему *специального уровня сравнения* образуют специальные объекты, т. е. все множество конкретно определенных иностранных норм, правовых институтов, национальных правовых систем и т. д.

Суть определения объекта сравнительного правоведения заключается в делении его на общий и специальный уровни сравнительно-правового исследования.

Наука сравнительного правоведения занимается исследованием общих объектов правового сравнения. Основным признаком этих объектов является их принадлежность к другой правовой системе или к иной «правовой реальности»⁴⁰. Поэтому применительно к обозначению любого из общих объектов компаративистики будет уместным употребление термина «иностраный» правовой элемент.

Таким образом, первым признаком общего объекта является его «иностранность» происхождения, функционирования и развития.

Любой объект сравнения можно охарактеризовать как с внешней (формальной), так и с содержательной стороны. Внешняя характеристика объекта есть не что иное, как его общее определение, предложенное теорией сравнительного правоведения. Что касается внутренней характеристики объекта сравнения, то она является предметом конкретных

⁴⁰ Тихомиров Ю.А. Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. 1999. № 8. С. 42.

сравнительно-правовых исследований. Например, понятие правовой системы характеризуется наличием у нее общесемейных, внутригрупповых и национально-специфических признаков относительно источников права, системы права, нормативной однотипности и общности правового понятийного фонда. Конкретная же характеристика правовой системы заключается в раскрытии содержания указанных признаков, чем и занимается исследователь, оттолкнувшись от общего понятия правовой системы.

Внешние и внутренние характеристики объектов сравнения тесно взаимосвязаны. Их формальное разграничение мы проводим с целью определения инородности или тождественности объектов. Инородными друг другу будут считаться лишь те объекты, внутренние характеристики которых являются взаимоисключающими. Так, если рассматривать две правовые системы в рамках внешнего признака – общности источников права, можно увидеть, что место закона в иерархии источников не одинаково в англосаксонской и романогерманской правовых системах. Казалось бы, даже по одному этому признаку можно определить названные правовые системы как инородные друг другу. Но для констатации инородности недостаточно даже большинства признаков явной противоположности. Объекты сравнения могут быть признаны инородными лишь при условии различного содержания всех *существенных признаков*, характеризующих данный объект. Это особенно важно для констатации образо-

вания новых национальных правовых систем, права сообществ и т. п. Процесс оценки формирования этих образований осложняется появлением у них некоторых черт, инородных по отношению к тем объектам, из которых они выходят. При определении новых правообразований мы и предъявляем указанные требования к установлению полной инородности. Пока такой объект не станет инородным по всем существенным признакам, мы не можем говорить о его противоположности по отношению к объекту, из которого он вышел.

При недостаточной инородности объекта сравнение все же проводится. Но происходит оно не на данном уровне, а на уровне, позволяющем говорить о полной инородности. Так, правовым системам может не хватать признаков противоположности, но различия они могут, скажем, по характеру юридической практики. На этом уровне и будет проходить сравнение.

Решая вопрос об инородности объектов, мы не исключаем сопоставления неинородных правовых образований. Однако простая констатация схожести объектов имеет малый практический результат. Исключение составляет лишь проведение работы с целью унификации национальных законодательств, когда явная схожесть исследуемых объектов только на пользу законодателю.

Способность правового объекта к сравнению составляет еще одну важную черту объекта сравнительного правоведения. В свое время анализу данного признака был посвящен

целый ряд работ общеметодологического характера⁴¹.

Определяя способность иностранного объекта к сравнению, мы осуществляем его простое изучение, что еще не является сравнением. Компаративистское исследование предполагает не элементарное сопоставление правовых объектов, а исследование закономерностей их развития, выявление общего, особенного и единичного. Кроме того, определяя способность объекта к сравнению, мы решаем вопрос о достаточности материала, предполагаемого для сравнения определенных видовых объектов – правовой системы, нормы права, правовой доктрины и т. д. И наконец, мы делаем вывод о соответствии характера имеющегося материала цели определенного сравнения.

Определяя способность правового объекта к сравнению, мы устанавливаем его потенциальную возможность быть объектом сравнительного правоведения. Во-первых, такой объект должен быть правовым по своей природе, т. е. он должен выступать в роли правового элемента системы управления жизнедеятельностью общества. При отсутствии явной правовой выраженности в определенной сфере обществен-

⁴¹ *Rozmaryn S.* Z teorii badan i prac prawno-porownawczych // *Panstwo i prawo.* 1966. № 3. P. 402–410; *Szabo I.* La comparaison des institutions juridiques // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae.* 1973. № XV. S. 131–141; *Con-tantinesco L.* Traite de droit compare // *La methode comparative.* Paris: Pichon Durand-Auchias, 1974. P. 224–230; *Эминеску И.* К вопросу о сравнимости различных правовых систем // *Сравнительное правоведение.* М.: Прогресс, 1978. С. 172–202.

ных отношений объект не исключает своего присутствия в другой правовой системе, что, однако, не говорит о его неспособности быть сравнимым. Такой неизвестный объект задан социальной причинностью своего появления и в конечном итоге может появиться в другой правовой системе. Эта закономерность легла в основу появившегося функционального сравнения, под которым понималось не сравнение нормативных правил, а сравнение условий их функционирования в конкретной социальной среде⁴². Таким образом, первым требованием способности правового объекта к сравнению является его правовая сущность или социальная востребованность присутствия аналогичного объекта в среде, где он на данный момент отсутствует.

Во-вторых, сравнимость правового объекта определяется степенью его отождествления с другими объектами. Сравняться могут только различные по своим сущностным характеристикам объекты. Проводить сравнения можно лишь в пределах одного уровня абстракции. Объекты, сравнимые на одном уровне, являются несравнимыми с объектами другого уровня (норма права и правовая система, правовой институт и семья права). Проведение таких сравнений методологически и юридически абсурдно, так как представляет собой картину, при которой черты сходства и различия устанавливаются между нормами и правовыми системами, между правовыми институтами и семьями права.

⁴² Саидов А.Х. Введение в сравнительное правоведение. М.: Наука, 1988. 144 с.

Объект компаративистского изучения, как и любое правовое явление, обусловлен пространственными и временными рамками своего существования. Данные признаки определяют рамки юридического бытия любого объекта, рассматриваемого в его компаративном измерении.

Пространственная обусловленность компаративного элемента правовой действительности не ограничивается рамками определенных государств. Его протяженность зависит не от конкретных территорий, а от реального бытия на правовой карте мира. Так, например, институт обязательства характерен не только для государств континентального права, но и для части африканских правовых систем, которые относятся не к романской, а к религиозно-общинной правовой семье. Определяя границы компаративного правового элемента с помощью характеризующих каждый общий объект специфических черт, мы должны «находить» объект в пространстве посредством определения всех его существенных признаков в комплексе. Нельзя, например, считать полностью определенной в пространственных границах правовую систему лишь по общесемейным признакам. Нередко многие исследователи в результате такой ошибки называли правовые системы семьями, и наоборот⁴³.

Долгое время в качестве формального атрибутивного признака пространственной протяженности сравниваемых объектов рассматривалась государственно-территориальная

⁴³ Цвайгерт К, Кетц Х. Указ. соч. С. 203; Карбонье Ж. Указ. соч. С. 175–176.

определенность границ правового объекта. Исследователи говорят о «наследственном праве Франции», об «обязательственном праве Германии», о «правовой системе Италии» и т. д. Такое видимое удобство исследования не решает проблему пространственного определения того или иного компаративного объекта, который всегда пытается выйти за рамки государственных границ и стать достоянием как можно большего числа правовых систем.

Ограничение протяженности правового объекта рамками государственных границ приводит к механицизму в правовом заимствовании, когда государства, пытаясь копировать положительный правовой опыт соседей, механически приносят в свою правовую среду цельные, неадаптированные к новым условиям иностранные правовые объекты в виде статей законов, дословно воспроизводящих правила поведения, терминологии, а то и правовых институтов.

Временная сфера возникновения, функционирования и развития правового объекта является еще одной объективной формой существования компаративного элемента. Фактор времени определяет длительность существования правового объекта на юридической карте мира, а также последовательность смены качественного, а в определенных случаях и количественного состояния объекта при переходе его из одного состояния в другое. Временная сфера существования компаративного элемента, так же как и пространственная, имеет абсолютный характер. Длительность пребывания

компаративного элемента в определенном пространстве обусловлена всеобщим характером времени, которое не имеет разрывов в моментах между переходами объекта в различные состояния. Исследователь может лишь определять эти промежутки времени, условно устанавливая интервалы, временные границы бытия объекта, говоря о том, что какой-то объект существовал раньше, а какой-то объект существует в условиях современности. Абсолютность фактора времени проявляется применительно к правовому объекту в его необратимости и направленности развития регулятивного содержания от прошлого к будущему. Даже правовые семьи имеют историческое развитие, оставляя определенные качественные характеристики в прошлом.

Временные границы существования иностранного правового элемента определяют характер сравнения – будет ли оно синхронным или дисинхронным. Под синхронным понимается сравнение объектов, существующих в одних и тех же временных рамках. Не имеет значения, сравниваются правовые образования настоящего времени или уже прошедшего. Дисинхронное изучение имеет место там, где сравниваются объекты, относящиеся к разным историческим отрезкам времени. Здесь также безразлично, существуют ли оба сравниваемых элемента в прошлом или же один из них находится за пределами сегодняшней реальности, а другой существует в настоящем.

Исторические исследования являются важным фактором

качественного компаративистского анализа правовых объектов. Историко-сравнительное исследование правовых элементов – это прообраз современного сравнительного правоведения. Как верно указывал историк-компаративист М.М. Ковалевский, необходимо постоянно следить за всеми открытиями, которые приносит сравнительный метод, и «быть в одно и то же время историком, психологом, фольклористом, воспитывать свой ум изучением точных наук и социологии...»⁴⁴.

Итак, под *объектом правовой компаративистики* следует понимать *компаративный правовой элемент, обладающий способностью к сравнению и обусловленный пространственными и временными рамками своего существования*. Помимо определенных нами свойств этого объекта в различных вариантах частных компаративистских исследований отраслевой направленности могут проявляться и другие свойства правовой материи. Но в этом случае общая компаративистская наука может лишь учитывать эти свойства, опосредованные результатами отраслевых исследований. Общекомпаративистские выводы и предложения определяются природой предмета и объекта правовой компаративистики.

Сравнительное правоведение представляет собой науку, изучающую закономерности возникновения, функционирования и развития иностранного правового элемента, обладающего компаративными свойствами и качествами. Данное

⁴⁴ Ковалевский М.М. Этнография и социология. М.: Алетей, 1904. С. 34.

изучение является специализированным, т. е. направленным на сравнение, где компаративный метод занимает ведущее положение в системе методологических средств.

Иностранная правовая система, как явление многоплановое, представляет интерес не только для юриспруденции, но и для целого ряда иных общественных наук. В связи с этим в юридической литературе правовая система определяется в качестве категории, дающей «многомерное отражение правовой действительности конкретного государства на ее идеологическом, нормативном, институциональном и социально-экономическом уровнях»¹. Такое широкое понимание объекта сравнительных исследований может быть полезным на определенном уровне правопознания, где изучаются конкретные нормативные компоненты в их тесной связи с экономическими, социальными, культурными и другими основаниями правовой системы как организованного комплекса. Но мы ведем речь о самостоятельности объекта, который должен не просто выполнять правоориентационную роль в исследовании других объектов, но и обладать собственными характеристиками в качестве объекта сравнительно-правовой науки.

Правовая система детерминирована характером своей правовой семьи, имеет признаки группы правовых систем, в которую она входит, и обладает своими национально-специфическими признаками. Определение правовой системы с компаративистской точки зрения представляет собой струк-

турно-сущностную характеристику ее *общесемейных, внут- ригрупповых и национально-специфических признаков.*

Характер правовой системы изначально формируется в рамках общесемейных подходов относительно *источников и системы права, характера правовой нормы и типа правового понятийного фонда.* На зависимость правовых систем от традиций своей семьи права указывают многие исследователи-компаративисты. Так, Г. Созер-Холл в качестве факторов общесемейной принадлежности называет источники права⁴⁵ ⁴⁶. А. Эсмен определял зависимость формирования правовых систем от традиций семьи в рамках общей структуры права⁴⁷. Особое внимание в плане определения общесемейных черт правовых систем компаративисты обращали на общность правового понятийного фонда. Этот элемент правовых систем был тем внешним формальным атрибутом, который позволял, несмотря на разницу в содержании правового регулирования, определить семейную принадлежность правовых систем. По мнению Р. Давида, понятийно-категориальный аппарат не просто определяет семейную специфику правовой системы, но и оказывает значительное влияние на другие компоненты правовой семьи, а следовательно, и на

⁴⁵ Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / В.С. Нерсесянц [и др.]; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2001. С. 282.

⁴⁶ *Sauser-Hall G.* Op. cit. P. 101.

⁴⁷ *Esmein J.* Le droit compare et l'enseignement du droit. Paris: LGDJ, 1905. P.76.

характер общесемейных признаков правовой системы⁴⁸.

Нормативное содержание правовой системы, как элемент ее общесемейной принадлежности, также выступало объектом оценки компаративистов. На определенном этапе развития сравнительно-правовой науки законодательство, его сущность и содержание норм были чуть ли не единственными объектами исследования, а сама компаративистская наука носила название «сравнительное законодательство».

Понятие «группа правовых систем» не тождественно понятию «правовая семья». Характер так называемых групповых правообразований определяется нетрадиционностью подходов к оценке правовых явлений, в отличие от позиций правовой семьи в целом. Спектр этих подходов очень широк. При одинаковой оценке системы источников права, их иерархии каждая из групп правовых систем может вкладывать в любой из источников свое содержание. Так, латиноамериканская группа воспринимает лишь законодательно санкционированный обычай, германо-скандинавская группа признает за этим источником право на простое доктринальное существование. Мусульманская правовая группа в священных книгах видит непоколебимую правовую догму и устанавливает жесткие принципы для ее использования в практике правотворчества и правоприменения.

В подходах к оценке нормы нетрадиционна позиция групп правовых систем состоит в разнице толкования нормы

⁴⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 19.

с точки зрения ее обобщенности. Например, американско-канадская группа понимает норму более абстрактной, общей, нежели вся прецедентная англосаксонская семья.

Правовая семья разрабатывает самую общую дифференциацию права: англосаксонская – на общее право и право справедливости; романо-германская – на частное и публичное право; религиозно-общинная – на общерелигиозное право и право общин. Отдельные же группы правовых систем, придерживаясь этой общей дифференциации, имеют неодинаковый подход к внутренней системе общих частей. Целесообразно говорить о группах правовых систем в первую очередь по признаку идентичности отраслевого деления. Скажем, во многом сходится отраслевая структура публичного и частного права в итальянской и французской правовых системах, которые входят в латино-романскую группу

Что касается подхода к понятийному правовому фонду, традиционному для семьи, то здесь группы правовых систем могут предлагать новые понятия, которые затем становятся общеупотребимыми, но не вкладывать свое новое содержание в установившиеся юридические конструкции.

Внутрисемейные группы правовых систем составляют самую распространенную разновидность групповых правообразований. Так, в рамках романо-германской правовой общности выделяются французская, германская, латиноамериканская, северная правовые группы. В среде англосаксон-

ской правовой семьи специфическими правовыми группами являются британская и канадская. Среди религиозно-общинных групп можно выделить наиболее яркие группы дальневосточных, африканских и мусульманских правовых систем.

Определенную сложность представляет собой оценка национально-специфических черт правовой системы. Речь идет о признаках, принадлежащих только данной системе. Само определение «национальная» применительно к рассматриваемому нами правообразованию имеет характер достаточно относительный для сравнительно-правовой науки, так как им в общественных науках обозначаются явления, связанные с существованием нации⁴⁹. Юристы договорились использовать данный термин с той целью, чтобы разграничить внутригосударственные и межгосударственные образования, а также соответствующие связи между ними, носящие правовой характер. То же можно заметить и в отношении понятия «национальное право», под которым понимается право конкретного государства.

Большинство авторов, рассматривающих правовую систему как национально-государственное образование, структурно определяют ее состоящей из четырех элементов – правосознания, правотворчества, собственно права («правово-

⁴⁹ Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М.: Наука, 1984. С. 6.

го массива») и правоприменения⁵⁰.

Правовая система, если так можно выразиться, более «подвижна», чем правовая семья. Например, характер источников права в той или иной системе, относящейся к англосаксонской семье, может быть различным. Скажем, английский законодатель принимает закон с большей оглядкой на судебную практику, нежели законодатель США, который имеет под рукой кодексы. При этом принципиальное положение судебного прецедента в обоих случаях не меняется. В каждой из правовых систем характер преломления общесемейных черт является различным. У одних он может быть выражен ярче, у других – менее заметен. К примеру, в так называемой латино-романской группе, куда в первую очередь входит французская правовая система, общесемейные черты выражены настолько сильно, что исследователь может принять данную систему за романо-германскую семью.

На уровне правовых систем невозможно обнаружить характерный для семьи права тип юридического мышления. Здесь мы имеем дело с правосознанием или правопониманием в широком смысле слова.

Итак, каждая правовая система несет на себе отпечаток общесемейных и внутригрупповых признаков и обладает рядом собственных специфических черт. Поэтому нельзя говорить о равнозначности ее правовой семье, частью которой она фактически является. Нельзя констатировать и аб-

⁵⁰ Тихомиров Ю.А. Право: национальное, международное, сравнительное. С. 6.

солютность национально-государственного характера правовой системы, пределы которой могут простираются далеко за рамки конкретных государств.

Отрасль права в сравнительно-правовом определении представляет собой юридически обусловленную сферу общественных отношений, обладающую определенным характером и степенью правовой обособленности. Такое определение, отличное от принятого общетеоретического понимания отрасли права как обособившейся совокупности однородных правовых норм, регулирующих определенную сферу общественных отношений⁵¹, обусловлено следующими факторами:

- правовая компаративистика в качестве непосредственных объектов исследования избирает одновременно несколько отраслей иностранного права, имеющих не всегда одинаковый предмет правового регулирования;
- сравнительное правоведение направлено на исследование не столько нормативной стороны отраслевого регулирования, сколько общеправовых условий возникновения, функционирования и развития отраслевого комплекса, что предполагает исследование социальных условий функционирования данного объекта.

Первым признаком, определяющим компаративную мо-

⁵¹ Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права / В.В. Борисов [и др.]. М.: Зерцало, 1998. С. 232.

дель иностранной отрасли, является *юридическая обусловленность* сферы общественных отношений. Сравнительное правоведение рассматривает в качестве непосредственных объектов своего исследования те стороны общественных отношений, которые имеют свое юридическое оформление. Эта формальная данность может представлять собой как законодательное (нормативно-правовое), так и обычно-правовое закрепление общественных явлений. Иногда понятием юридической обусловленности могут охватываться и социальные элементы, не имеющие на данный момент своего нормативного регулирования в данной правовой системе. Происходит это в случае, если сравнение общественных явлений проводится с целью их последующего правового закрепления. Таким образом, признак юридической обусловленности сферы общественных отношений можно рассматривать и как факт, и как гипотезу правового регулирования определенной группы общественных отношений.

Второй составляющей отраслевого сравнения является *характер правовой обособленности* отрасли иностранного права. Система общественных отношений представляет собой сложное взаимодействие всех ее элементов безотносительно к типу правовых систем и разновидностям национальных правовых систем. Материально обособить какую-то одну группу общественных отношений от другой невозможно, поэтому определение и разграничение сфер общественных отношений проводится условно. Традиционно это осу-

ществляется с помощью определения предмета правового регулирования отрасли права и способов правового воздействия отрасли на общественные отношения. Но сравнительно-правовое определение отрасли права предполагает не предметно-методическое, а социально-правовое разграничение сфер сравниваемых общественных отношений. С этой целью необходимо различать формально-правовую и социально-правовую обособленности отраслей права.

Под *формально-правовой обособленностью* отрасли иностранного права понимается исключительно правовое отграничение общественных отношений, которые должным образом определены в источниках права, от тех отношений, которые такого закрепления не имеют.

Социально-правовая обособленность определенных групп отношений предполагает установление тех сфер общественных отношений, которые не регулируются в данном обществе традиционными для него способами. Например, отношения, регулируемые в религиозно-общинных правовых системах на основе традиционных для этих обществ религиозных и обычно-правовых источников, в континентальных системах предусматриваются лишь нормами морали, нравственными императивами, которые формально в этих правовых системах не имеют правового значения. Такие отношения считаются социально обособленными от тех отношений, которые имеют официально принятое в данных системах правовое закрепление.

Определение специфики и соотношения обоих видов правовой обособленности позволяет «по-компаративистски» широко рассматривать характер регулирования общественных отношений, не ограничиваясь традиционными способами правового регулирования. В частности, для континентальных правовых систем это разграничение помогает преодолеть консервативность устоявшихся подходов, определяющих законодательные формы чуть ли не единственным средством, устанавливающим нормативные границы отрасли.

Компаративистское осмысление отраслевого построения права выходит за рамки национальных правовых систем и определяет общую концепцию нормативной классификации регулятивных правил безотносительно к типу правовой системы. Это обстоятельство определяет появление трансграничного (транснационального, надгосударственного) права.

Третьим признаком отраслевого сравнения является *степень правовой обособленности* сравниваемых отраслей права. Способ правового воздействия на общественные отношения определяет разграничение отраслей права, которые имеют в принципе один и тот же предмет регулирования. В правовых системах разного типа один и тот же блок отношений может регулироваться несколькими комплексами норм, устанавливающих разные модели правового регулирования. Для отраслевого разграничения общественных отношений в одной отдельно взятой правовой системе достаточно на-

личия двух традиционных критериев – предмета и метода правового воздействия на общественные отношения, что дает основание говорить о существовании или, напротив, отсутствии соответствующей отрасли в системе национального права. Компаративистский подход требует помимо определения критериев предмета и метода правового регулирования установления степени правовой обособленности отраслей права, без чего невозможно сравнение отраслевого характера, представленного разно системными нормативными компонентами.

Для определения данной степени правовой обособленности сравниваемых отраслей необходимо предварительное сравнение самих методов правового воздействия на общественные отношения, в результате чего устанавливается абсолютность или относительность в разнице применяемых к одной и той же группе отношений способов правового регулирования. При абсолютной разнице определяется высокая степень правовой обособленности отраслей. В этом случае устанавливается явная противоположность в регулятивных подходах отраслей права, не имеющих смежного характера норм, например уголовного и земельного, трудового и гражданского права. При относительной тождественности устанавливается низкая степень правовой обособленности отраслей, например морского и торгового, водного и экологического права. В обоих случаях происходит предварительная компаративистская оценка методов правового регулиро-

вания отраслей разных систем права.

Таким образом, отраслевое сравнение состоит в установлении характера юридической обусловленности общественных отношений, соотношения их формально-правовой и социально-правовой обособленности при предварительном определении степени обособленности отраслей.

Правовой институт в своем компаративистском определении также имеет ряд особенностей в сравнении с его общетеоретическим пониманием как определенной совокупности юридических норм, регулирующих небольшую группу родственных отношений⁵². В сравнительно-правовом понимании институт права – это внутриотраслевое образование, которое может состоять не только из норм права, но и из целого ряда нетрадиционных для национального исследователя регулятивных правил и положений – общих принципов права (романо-германский правовой институт), элементов доктрины справедливости (англосаксонские институты права) и т. д. Таким образом, правовой институт в сравнительно-правовом определении представляет собой явление не узконормативное, а общеправовое и даже социальное.

Нормативное функционирование правового института ограничивается нормативными рамками отрасли права. Так, в романо-германских правовых системах институт заключения брака действует в нормативных границах отрасли семейного права; институт встречного иска в гражданском про-

⁵² Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2. С. 233.

цессе США является прерогативой данной процессуальной отрасли права. Правовой институт независимо от типовой принадлежности к той или иной семье права имеет собственные нормативные границы, которые не могут расширяться, не затрагивая нормативных рамок соответствующей отрасли права.

В рамках социальных границ правовой институт может действовать за пределами своей отрасли и даже в определенных случаях не быть с ней связанным. Например, институт собственности в религиозно-общинных системах выходит за границы вещного права и успешно применяется в уголовных отношениях: традиционное китайское право рит определяет невозможность конфискации имущества у преступника, если это повредит его семье и близким, и т. п.

Социальные границы правового института намного шире социальных границ его отрасли. Если отрасль права замыкается на специфике присущего ей предмета правового регулирования как определенного комплекса общественных отношений, то институт права в освоении новых социальных явлений слабо связан с отраслью. Так, при разделе общей собственности в бракоразводном процессе англосаксонский судья производит раздел имущества в пользу того лица, у которого остается ребенок. К этому судью не обязывает ни один конкретный прецедент. Суд выносит решение из самого наличия института осуществления опеки над детьми и той реальной помощи, которую данный институт может оказать

социально.

Определение компаративного характера нормативных и социальных границ правового института с имеющимися правовыми последствиями регулятивного характера теоретически предваряет все виды сравнений непосредственного нормативного содержания правового института и, таким образом, является общекомпаративистской методологической основой для отраслевых правовых сравнений. Компаративная модель правового института определяется в качестве внутриотраслевого образования, функционирующего в нормативных рамках отрасли и обладающего относительно независимыми от отрасли социальными границами.

Норма права как объект сравнительно-правовой науки в компаративистском определении имеет чрезвычайно важное значение. При сравнительном исследовании норм права, относящихся к разным типам систем права, общекомпаративистский подход определяет необходимость установления формы поведения, традиционной для данного типа правовых систем. Не всякая иностранная норма может рассматриваться как определенное правило поведения. Например, в религиозных правовых системах нормы часто выступают в качестве образцов желаемого поведения, которое на данный момент может и отсутствовать (мусульманское право). Иное понимание нормы сложилось в англосаксонских правовых системах, где определенная часть норм воспринимается в качестве меры необходимого поведения, т. е. доста-

точного для его оценки юридическим прецедентом. Романская континентальная норма является продуктом публично-властной деятельности и имеет соответствующее публично-обязывающее выражение. Следовательно, норма права в компаративистской оценке представляет собой традиционную для определенного типа правовых систем *форму правового поведения субъектов*.

Общее сравнительно-правовое изучение нормы предполагает установление степени ее обобщенности, которая также неодинакова в разных правовых системах. Под *степенью обобщенности* нормы понимается ее потенциальная возможность урегулировать определенное количество конкретных социальных ситуаций. Определяемая в общих компаративистских исследованиях степень обобщенности устанавливается не посредством изучения количества конкретных случаев, которые норма может соответствующим образом упорядочить, а путем анализа характера нормы с точки зрения ее предрасположенности к обобщению либо к индивидуализации конкретных жизненных ситуаций. Различают три вида норм в зависимости от характера их абстракции:

- нормы высшей степени обобщенности (романские нормы и часть религиозно-общинных европеизированных норм);
- нормы низкой (ничтожной) степени абстракции (англосаксонские прецедентные правила);
- нормы смешанного характера (нормы религиозно-об-

щинного традиционного типа).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.